

CONCURSO DE PESSOAS NOS DELITOS OMISSIVOS

ALEXANDRE CARLOS BOTREL
Oficial do Ministério Público
Assessor

RESUMO: O concurso de diversas pessoas para a consecução de um desiderato comum é fato recorrente nas diversas áreas da atividade humana, inclusive na empreitada delituosa. A conduta delituosa manifesta-se através da ação e da omissão. Nos delitos comissivos, é remansosa a possibilidade de concurso de pessoas. No tocante aos delitos omissivos, porém, reina polêmica quanto à possibilidade da concorrência de diversos agentes na realização do tipo omissivo. A questão atinente à causalidade nos delitos omissivos, que tem graves repercussões na responsabilização dos omitentes, foi abordada, bem como a ocorrência de dolo e culpa nos delitos omissivos próprios e impróprios. Apresentam-se as diversas correntes de pensamento que admitem ou não a ocorrência do concurso de pessoas nos delitos omissivos próprios e impróprios.

PALAVRAS-CHAVE: co-autoria; participação; delitos omissivos; concurso de pessoas.

ABSTRACT: The gathering of many people for social welfare is a recurrent fact in the many areas of human activity, including in the offensive acts. Offenses occur by means of action or omission. In forfeits the likelihood of gathering of people is very low. Regarding omissive offences, there is polemic concerning the possibility of gathering of many agents. The question concerning the causality in omissive offences, which has severe repercussions in the liability of the defaulter, was dealt with in conjunction with the occurrence of malice and fault in the pure omissive offences and forfeits due to omission. One presents the many lines of thought that admit or not the occurrence of the gathering of people in the pure omissive offences and forfeits due to omission.

KEY WORDS: co-authority; participation; omissive offences; gathering of people.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Delitos omissivos. 2.1. Considerações gerais. 2.2. Aspectos objetivos do tipo omissivo. 2.3. Diferença entre ação e omissão. 2.4. Delitos omissivos próprios e impróprios. 3. Dolo e culpa nos delitos omissivos. 4. Concurso de pessoas nos delitos omissivos próprios. 4.1. Co-autoria. 4.2. Participação. 4.3. Autoria mediata. 5. Concurso de pessoas nos delitos omissivos impróprios. 5.1. Co-autoria. 5.2. Participação. 6. Conclusões. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Concurso de pessoas para a consecução de um objetivo qualquer é fato comum na experiência humana. Em várias áreas da vida, é possível a concorrência de diversas pessoas para a consecução de um objetivo comum. Na área médica, *v.g.*, diversos profissionais da saúde concorrem para o êxito de uma cirurgia cardíaca.

Os conceitos de autor e partícipe também não são pertinentes apenas ao Direito Penal, mas podem ser percebidos ontologicamente. Tome-se como exemplo a elaboração do projeto arquitetônico de um edifício. Os arquitetos e engenheiros que trabalham no referido projeto são co-autores; os agrimensores, responsáveis pelas medições do terreno onde se pretende construir o edifício, são partícipes na empreitada.

Quando ocorre a concorrência de diversos agentes na prática de uma infração penal, como devem ser punidos os agentes? *V.g.* se *A* empresta a arma para que *B* mate *C*, seu desafeto, não fosse a norma de extensão do concurso de pessoas, mesmo sendo causal, a conduta de *A* seria tida como penalmente irrelevante.

Tratando-se de delitos omissivos, a situação torna-se mais complexa, tendo em vista que há dissenso doutrinário acerca da possibilidade da ocorrência de concurso de pessoas em tais delitos. Parte da doutrina entende que não há nos delitos omissivos causalidade, tampouco dolo, comum resolução e divisão de tarefas.

O presente trabalho pretende analisar de modo perfunctório as teorias sobre o concurso de pessoas, suas modalidades, seus requisitos, as espécies de autoria e as hipóteses de participação, a punibilidade no concurso de pessoas no Direito pátrio, e, mormente, perquirir a possibilidade de ocorrência do concurso de pessoas nos crimes omissivos.

O pressuposto fático do concurso de pessoas nos crimes omissivos seria a “comum resolução” para a prática do crime? A divisão de tarefas preconizada pela teoria do domínio do fato encontra aplicação nos delitos omissivos? Nessa espécie de delito, os agentes que se omitem quando obrigados a agir, se o fazem unidos por liame psicológico, serão co-autores?

Quanto à participação, é possível que o garantidor seja efetivamente instigado a não

impedir o resultado danoso, por terceiro que não atue como garantidor? O escopo deste trabalho é verificar a possibilidade de ocorrência de concurso de pessoas nos delitos omissivos, apresentar o debate acerca de tal possibilidade, e as teorias em que se fundam as diferentes correntes, sem a pretensão de se esgotar a matéria, ou dirimir a controvérsia referente ao *concursum delinquentium*.

2. Delitos omissivos

2.1. Considerações gerais acerca dos delitos omissivos

O legislador, ao selecionar os bens jurídicos que, dada sua relevância, são tutelados pelo Direito Penal, vale-se de duas técnicas para proibir condutas humanas indesejadas – a ação e a omissão. Em perfunctória análise, na ação, ocorre o emprego de energia em determinado sentido com uma finalidade; na omissão, ocorre abstenção de emprego da energia no referido sentido com uma finalidade. No sentido jurídico, a omissão é muito mais do que um não fazer, é deixar de fazer aquilo que a lei determina que seja feito. Segundo Rogério Greco (2004, p. 166), nos crimes omissivos “[...] há uma abstenção de uma atividade que era imposta pela lei ao agente, como no crime de omissão de socorro, previsto no art. 135 do Código Penal”.

No ensinamento de Zaffaroni e Pierangeli (2006, p. 461), algumas normas:

podem ser enunciadas proibitivamente (‘não matarás’), enquanto outras são enunciadas preceptivamente (‘auxiliarás’). Enquanto no enunciado proibitivo proíbe-se a realização da ação que se individualiza com o verbo (matar), no enunciado preceptivo proíbe-se a realização de qualquer outra ação que não aquela individualizada pelo verbo (auxiliar).

No mesmo sentido, é o escólio dos mestres alemães Maurach, Gössel e Zipf (1995, p. 215):

[...] todas las normas exigen en forma preceptiva o prohibitiva el respeto a determinados bienes jurídicos concretos, mediante una conducta humana dominable, [...] los bienes jurídicos pueden ser lesionados de dos maneras: por la comisión de acciones dañosas sobre esos bienes (dar muerte a un ser humano) y por la omisión de medidas que conserven tal bien jurídico (el niño no se protegido de la caída mortal).

A norma mandamental ou preceptiva se dirige a pessoas, delas exigindo a realização de uma ação finalista. Algumas vezes, os destinatários da norma mandamental pertencem a um determinado grupo ou classe de pessoas: é o caso dos mandatos especiais. As normas proibitivas vedam a realização de determinada ação finalista. O que determina se a norma será mandamental ou proibitiva é a conduta nela requerida ou proibida – a ação ou a omissão. Nesse sentido, o escólio de Armin

Kaufmann (2006, p. 28): *“Toda clasificación jurídica de las normas ha de partir de la distinción atinente a la naturaleza del objeto de la norma; no existe ningún otro punto de partida, ni siquiera para la división entre mandatos y prohibiciones”*.

Assim como existem ações que, embora causem lesão a bens jurídicos, são penalmente irrelevantes, v.g. movimento reflexo¹, existem também omissões ensejadoras de lesão a bem jurídico que serão penalmente irrelevantes e configurarão ausência de conduta – e.g., um pai tetraplégico que por impossibilidade de se movimentar, não consegue evitar a queda de seu filho da varanda. Portanto, a omissão penalmente relevante é aquela na qual o sujeito deixa de fazer aquilo que a lei determina que seja feito, sendo-lhe possível fazê-lo.

Os tipos omissivos descrevem o comportamento esperado, restando defeso qualquer outro que não o enunciado. A omissão não é, portanto, mera abstenção de conduta, é abster-se de fazer o que se deveria fazer, conforme previsto na norma preceptiva. Conforme dispõe a teoria do *aliud agere*, ou do agir diverso, o que se pune é a conduta diversa daquela devida.

2.2. Aspectos objetivos do tipo omissivo

Os tipos omissivos apresentam estrutura diferente dos tipos ativos. Zaffaroni e Pierangeli (2006) afirmam que o tipo objetivo omissivo sempre é um tipo circunstanciado. Nos delitos omissivos, sempre encontramos uma situação típica concreta na qual o Direito exige do sujeito uma determinada conduta, v. g., no art. 135, CP, ao encontrar-se o sujeito em uma situação concreta na qual uma pessoa necessita de auxílio imediato, exige-se-lhe que preste o socorro ou comunique incontinenti o fato à autoridade competente.

O sujeito nos delitos omissivos próprios pode ser qualquer pessoa, desde que, conforme consignado, encontre-se na situação concreta em que é necessária sua ação – situação de dever – e que tenha capacidade de ação. Por capacidade de agir, entendemos a aptidão do agente na situação concreta, de realizar uma ação final, em tese, hábil para proteger o bem jurídico tutelado pela norma mandamental. Nos delitos omissivos impróprios, que são delitos de resultado, figuram como sujeitos apenas aquelas pessoas que têm o dever de evitar a ocorrência do resultado, os *garantidores*.

Destacamos que, nos delitos omissivos próprios, o legislador, por meio de uma norma mandamental, em abstrato, a todos impõe a prática de determinada conduta, cuja

¹ Rogério Greco (2004, p. 168) exemplifica o movimento reflexo nos seguintes termos: “Há situações, ainda, em que o nosso organismo reage a determinados impulsos e, em virtude disso, podem advir, v.g., lesões ou danos. É o caso, por exemplo, daquele que, ao colocar o fio de seu aparelho de som em uma tomada recebe uma pequena descarga elétrica e, num efeito reflexo, ao movimentar seu corpo, atinge outra pessoa, causando-lhe lesões. Não podemos imputar-lhe esse resultado, em face da inexistência de conduta. Sem a conduta humana, dolosa ou culposa, não há fato típico, e sem o fato típico não se pode falar em crime.”

omissão configura crime, desde que preenchidos alguns requisitos. Ressaltamos que a *mens legis* dos tipos omissivos próprios é despertar no destinatário da norma, em abstrato, a solidariedade humana e através dela a ação protetora do bem jurídico tutelado. Não se trata de responsabilização objetiva pelo simples descumprimento da norma mandamental, há que se verificar a ocorrência dos requisitos para a configuração do delito omissivo próprio no caso concreto.

Dentre esses requisitos, deve estar o agente presente no local e no tempo em que a situação demanda a sua ação, e esta deve ser a ele possível. Essa é a *situação de dever*, no caso do delito citado, de omissão de socorro, art. 135 do Código Penal.

Porém, não há de se exigir, *v.g.*, daquele que se encontra a vários quilômetros de distância que preste socorro à pessoa que está se afogando. Exigir-se-á, sim, daquele que presencia o afogamento que, sendo-lhe possível, preste o socorro ou, não o sendo (*v.g.*, se não souber nadar), comunique imediatamente o fato à autoridade pública. Nos delitos omissivos impróprios não há uma norma que a todos imponha determinada conduta. Há uma norma de extensão (art. 13, § 2º, CP) que amplia o alcance dos tipos comissivos fazendo com que possam ser também praticados mediante uma omissão. Porém, apenas um grupo pequeno de pessoas é atingido por essa norma de extensão, a saber, *os garantidores*.

Os garantidores têm a responsabilidade de evitar que o evento danoso ocorra, que um resultado naturalístico ofenda o bem jurídico tutelado. Um exemplo de garantidor é o bombeiro militar que, ao se deparar com um incêndio, tem a obrigação de enfrentá-lo tentando debelar o fogo e, se necessário, entrar no prédio em chamas para dali retirar alguma pessoa.

Caso o bombeiro militar assista inerte ao incêndio, sabendo que no prédio há ainda pessoas e essas venham a falecer, vítimas das chamas, responderá, não pelo delito de omissão de socorro previsto no art. 135, CP, mas pelo delito inserto no art. 121 do CP. É que o bombeiro militar tem por lei a obrigação de cuidado e proteção, tornando-se, por meio da norma de extensão, garantidor da não-ocorrência do resultado, ou *garante*.

O art. 13, § 2º, do CP elenca as hipóteses nas quais a pessoa será alçada ao status de *garantidor*, ou *garante*. São elas:

Art. 13. A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de evitar o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Os delitos omissivos impróprios são também chamados de delitos comissivos por

omissão. O resultado naturalístico é atribuído ao omitente como se ele houvesse praticado o delito comissivo. Nesse sentido, o escólio de Rogério Greco (2004, p. 250):

Enquanto nos crimes omissivos próprios a conduta prevista no tipo é negativa, ou seja, o tipo prevê uma inação, nos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão a conduta é positiva, isto é, comissiva, só que praticada via omissão do agente que, no caso concreto, tinha o dever de agir para evitar o resultado. Por essa razão é que se diz que o crime é comissivo por omissão, porque a conduta comissiva prevista é praticada de forma omissiva pelo agente.

Uma questão relevante acerca dos delitos omissivos é a possibilidade ou não de tentativa. Nos delitos omissivos próprios, não há que se falar em tentativa, já que são delitos de mera conduta, e estes não necessitam de que haja um resultado naturalístico para sua configuração. Nos delitos omissivos impróprios, a questão merece análise mais detalhada.

Em que pese o fato de os delitos omissivos impróprios serem delitos de resultado, entendemos que não admitem tentativa. Se o *garantidor* empreende a ação de salvamento, tentando por todas as formas evitar a ocorrência do resultado, e, a despeito de todos os seus esforços, o resultado vem a ocorrer, no nosso entendimento não houve tentativa, o fato é penalmente irrelevante. Semelhante é o entendimento de Rogério Greco (*ibid.* p. 253/254):

[...] se o garantidor fizer aquilo que dele se esperava a fim de evitar o resultado, e se este, ainda assim, vier a acontecer, não lhe poderá ser atribuído. Imaginemos o seguinte: durante a madrugada, determinada pessoa é baleada e, logo em seguida, conduzida a um pronto-socorro, vindo a ser recebida pelo médico de plantão. O médico, na condição de garantidor, faz tudo o que estava a seu alcance a fim de salvar a vida da vítima que, em virtude da gravidade dos ferimentos por ela sofridos, não resiste e vem a falecer. Nessa situação, não podemos atribuir o resultado morte ao médico que prestou o necessário atendimento, uma vez não ter ele se omitido, mas sim agido de acordo com as imposições legais.

Noutro giro, se o *garantidor*, embora iniciando a ação salvadora, por circunstâncias alheias à sua vontade, não consegue evitar o resultado, é impedido de prosseguir no salvamento, não se pode atribuir a ele o resultado, pois o nexo de causalidade foi rompido. Exemplo dessa situação é o do *salva-vidas* que inicia a ação salvadora e é impedido, mediante coação física irresistível pelo desafeto daquele que está se afogando.

Bitencourt, discorrendo acerca da possibilidade física de o *garantidor* agir, preleciona: “Essa possibilidade física falta, por exemplo, na hipóteses de coação

física irresistível, não se podendo falar em omissão penalmente relevante, porque o omitente não tinha a possibilidade física de agir”. Por essas razões, entendemos que os delitos omissivos impróprios não admitem a tentativa se o *garantidor* fez tudo o que estava ao seu alcance para evitar o resultado que, ainda assim, veio a ocorrer, não há responsabilidade penal para o garantidor. Do contrário, estaríamos a admitir a responsabilização penal objetiva, que, em nosso ordenamento jurídico penal, é incabível.

No mesmo sentido, o entendimento de Enrique Bacigalupo (2005, p. 188):

En conclusión, resulta imposible concebir una aplicación del concepto de tentativa a los delitos impropios de omisión, tanto a los propios de omisión. Lo impiden las especiales características del contenido de disvalor de la acción en la forma más grave y la imposibilidad de determinar el principio de ejecución.

Entretanto, se o *garantidor* não fez tudo o que estava ao seu alcance por ser o periclitante desafeto seu, responderá pelo resultado, não a título de tentativa, mas como delito consumado. Portanto, nos delitos omissivos próprios é necessário que o agente esteja na situação concreta em que lhe seja necessário agir, e que a conduta dele requerida lhe seja possível. Nos delitos omissivos impróprios, além desses requisitos, deve o agente encontrar-se na posição de *garante* ou *garantidor*. Há que se considerar que a conduta deve ser possível ao agente. Não se exige, v.g., daquele que não sabe nadar que pule num rio caudaloso a fim de socorrer outrem, entretanto, a última parte do artigo supracitado exige a comunicação do fato às autoridades.

A norma mandamental prevê um ideal a se perquirir, obriga de maneira abstrata seus destinatários à prática de determinada conduta. Entretanto, conforme consignado, somente aqueles que preencherem determinados requisitos fáticos, verificados em concreto, serão efetivamente obrigados por ela. Dentre tais requisitos, destacamos o que afirma que o agente deve encontrar-se na *situação de dever* e ter *capacidade de ação*. Kaufmann (2006) assevera que “*hay que distinguir con nitidez, pues, entre la validez abstracta de la norma de mandato y el deber jurídico que surge en concreto*”.

Para a ocorrência da tipicidade, deverá o sujeito, além de encontrar-se na situação típica concreta, praticar conduta diversa da exigida ou abster-se da prática da conduta devida. Vigorosa polêmica há entre doutrinadores estrangeiros quanto à existência de causalidade na omissão². Entretanto, para fins deste estudo, não

² Enrique Bacigalupo (2005, p. 94/95) aduz que se posicionam pela existência da relação de causalidade na omissão Maurach, Armin Kaufmann, Baumann e outros, ao passo que Wezel, Spindel e o próprio Bacigalupo posicionam-se no sentido de que não há causalidade na omissão: “Por supuesto que nos hemos adherido a una noción ontológica de la causalidad, a la vez que nos inclinaremos a negar que existe una relación de causalidad entre el resultado y el omitente”.

nos aprofundaremos nessa polêmica e consideraremos, neste trabalho, possível a relação de causalidade entre o resultado e a omissão, seja ela ôntica ou fruto de uma abstração jurídica.

Por meio de um processo mental equivalente ao *processo hipotético de eliminação de Tyren*, é possível aferir se existe ou não o *nexo de causalidade*. Tal processo Bitencourt chama de *juízo hipotético de acréscimo*. Se, ao se imaginar que a conduta imposta pela lei foi realizada, o resultado danoso deixa de ocorrer, está presente o *nexo de causalidade*. Noutro giro, quando, mesmo se imaginando realizada a conduta devida, o resultado ocorre, não há o *nexo de causalidade*, logo, não há relação de causalidade entre a omissão e o resultado, não podendo este ser imputado ao agente. Ressaltamos que, nesse processo hipotético, os juízos obtidos refletem uma grande probabilidade de ocorrência ou não do resultado, nunca uma certeza, razão pela qual a utilização desse processo hipotético recebe críticas por parte de alguns doutrinadores.

A verificação da ocorrência do nexo de causalidade não é necessária nos delitos omissivos próprios. É que estes são delitos de mera conduta, ou, no escólio de Juarez Tavares (1996, p. 23), crimes de mera inatividade. Nesses delitos, a simples omissão da conduta imposta pela lei, possível de realização pelo agente, ou a realização de conduta diversa da determinada pela lei têm o condão de tornar a conduta ou a abstenção típicas.

Noutro giro, nos delitos omissivos impróprios, há que se verificar a relação de causalidade, que, segundo alguns doutrinadores, é uma ficção jurídica, pois é cediço que *ex nihilo nihil*. O resultado, nos delitos omissivos impróprios, é atribuído ao sujeito não por tê-lo causado, mas por não tê-lo impedido.

Nesse sentido, preleciona Bitencourt (2003, p. 189) que:

Na doutrina predomina o entendimento de que na omissão não existe causalidade, considerada sob o aspecto naturalístico. Como já afirmava Sauer, sob o ponto de vista científico, natural e lógico, 'do nada não pode vir nada'. No entanto, o próprio Sauer admitia a causalidade na omissão, concluindo que 'a omissão é causal quando a ação esperada (sociologicamente) provavelmente teria evitado o resultado'. Na verdade, existe tão-somente um vínculo jurídico, diante da equiparação entre omissão e ação.

Conforme consignado acima, não vamos nos ater ao debate acerca da possibilidade ou não da ocorrência de causalidade na omissão, tendo em vista que, conforme nos ensina Rogério Greco (2008, p. 59):

Ao fornecer o conceito de causa, o Código não fez distinção entre a ação e a omissão. Pela simples leitura da parte final do caput do art. 13, chegamos à conclusão de que a omissão

também poderá ser considerada causa do resultado, bastando que para isso o omitente tenha o dever jurídico de impedir, ou pelo menos tentar impedir, o resultado lesivo.

2.3. Diferença entre ação e omissão

Como dito alhures, em perfunctória análise, na ação, ocorre o emprego de energia em determinado sentido, com determinada finalidade; na omissão, ocorre abstenção de emprego da energia no referido sentido, com uma finalidade. No sentido jurídico, a omissão é muito mais do que um não fazer, é deixar de fazer aquilo que a lei determina que seja feito.

Ação, para o Direito Penal, não é mero movimento corporal que produz alteração no mundo exterior. Se assim fosse, poder-se-ia dizer que os animais praticam ações, e estas relevantes para o Direito. Enrique Bacigalupo (2005, p. 66/67) destaca que há na ação humana um elemento psicológico, consistente na consciência que o homem tem de sua capacidade de levar a efeito um movimento corporal e que esse movimento produz alterações no mundo exterior.

Armin Kaufmann (2006, p. 44) aduz que não é tão evidente que ação e omissão estejam contrapostos como tese e antítese. Comportamento é gênero, do qual são espécies agir e omitir.

Omissão não é sinônimo de inatividade. Omitir é não fazer algo especificamente. A omissão penalmente relevante é aquela na qual o omitente podia agir a fim de evitar o resultado, mas não o faz, ou faz qualquer outra coisa.

2.4. Crimes omissivos próprios e impróprios

Existem duas espécies de delitos omissivos: os omissivos próprios ou puros e os omissivos impróprios ou comissivos por omissão. Os crimes omissivos próprios prescindem de resultado material, sendo crimes de *mera conduta*, v.g. art. 135, CP³, ao passo que os crimes omissivos impróprios requerem resultado material para a sua configuração, v.g., uma mãe que deixa de alimentar filho pequeno a fim de causar-lhe a morte (art. 121 c/c art. 13, §2º, CP).

Cezar Roberto Bitencourt (2003, p. 172), citando Juarez Tavares, Muñoz Conde e García Arán, assevera que:

Os crimes omissivos próprios são obrigatoriamente previstos em tipos penais específicos, em obediência ao princípio da reserva legal, dos quais são exemplos típicos os previstos

³ Omissão de socorro - “Art. 135. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública”.

nos arts. 135, 244, 269 etc. Os crimes omissivos impróprios, por sua vez, como crimes de resultado, não têm uma tipologia própria, inserindo-se na tipificação comum dos crimes de resultado, como o homicídio, a lesão corporal etc. Na verdade, nesses crimes não há uma causalidade fática, mas jurídica, onde o omitente, devendo e podendo, não impede o resultado. Convém destacar, desde logo, que o dever de evitar o resultado é sempre um dever decorrente de uma norma jurídica, não o configurando deveres puramente éticos, morais ou religiosos.

Ressalte-se que nos delitos omissivos próprios, puros ou simples ocorre o chamado *dever geral de cautela* ou *dever genérico de proteção*, que, em abstrato⁴, a todos obriga; nos delitos omissivos impróprios, omissivos qualificados ou comissivos por omissão ocorre o dever especial de proteção, ou seja, apenas o omitente que se encontre na posição de *garante* poderá ser penalmente responsabilizado. Nos termos do § 2º do artigo 13 do Código Penal, a posição de *garantidor* ou *garante* pode decorrer de dever legal, da assunção voluntária da custódia ou da criação do risco pelo comportamento anterior do agente.

Bitencourt (*ibid.* p. 173/174), com clareza singular, preleciona que:

[...] nos crimes comissivos por omissão, pode existir uma norma, que Novoa Monreal chama de norma de dever de segundo grau, dirigida a um grupo restrito de sujeitos. Norma esta que impõe um dever de agir, para impedir que processos alheios ao sujeito, estranhos a ele, venham a ocasionar um resultado lesivo. Essa norma, mandamental, é dirigida a um grupo restrito, enquanto a norma proibitiva dirige-se a todos aqueles que podem ser sujeitos ativos do crime. Essa norma de mandado de segundo grau dirige-se apenas àquelas pessoas que têm uma especial relação de proteção com o bem jurídico tutelado. Devem, em primeiro lugar, logicamente, abster-se de praticar uma conduta que o lese, como qualquer outro; em segundo lugar, devem também agir para evitar que outros processos causais possam ocasionar esse dano.

A propriedade ou *impropriedade* nos delitos omissivos tem que ver com a omissão e não com o agente, como nos delitos *próprios* x *comuns*. Nos delitos omissivos próprios, prescinde-se de qualquer qualificação do autor, ou seja, pode ser autor de delito omissivo próprio qualquer pessoa que esteja na situação concreta que requer sua ação, trata-se de espécie de delito comum e de mera conduta, ou *mera inatividade*. Nos delitos omissivos impróprios, só podem ser autores aqueles que se encontrem na posição de garantidores, conforme visto alhures. Trata-se de espécie de delito próprio e de resultado.

⁴ Dizemos em abstrato, pois, em que pese o fato de a norma ser geral, abstrata, impessoal e obrigatória, vincula o comportamento apenas daqueles que se encontrem na situação concreta na qual é necessária sua atuação para proteger o bem jurídico ameaçado, ou seja, aqueles que estão na *situação de dever*.

3. Dolo e culpa nos delitos omissivos

Via de regra, pensamos em dolo e culpa nos delitos comissivos. Seria possível a ocorrência de dolo nos delitos omissivos? Existe diferença entre o dolo nos delitos comissivos e comissivos por omissão? Há delitos omissivos culposos?

A proposta deste capítulo é analisar como alguns doutrinadores entendem a questão relativa ao dolo e à culpa nos delitos omissivos, e buscar respostas para as perguntas acima citadas. Rogério Greco (2004, p. 251) entende que tanto nos delitos comissivos como nos omissivos é possível a ocorrência de dolo e culpa:

Os resultados, nos crimes omissivos impróprios, podem ser alcançados em razão das condutas dolosa ou culposa do agente, querendo-se dizer com isso que esta espécie de crime omissivo admite tanto a inação dolosa quanto a inação culposa como meio para se atribuir o resultado ao agente. Tanto pode agir com dolo o salva-vidas que ao avistar o seu desafeto se afogando, volitivamente, não lhe presta o devido socorro e permite que este venha a falecer, como pode dar causa ao resultado morte não por ter agido dolosamente, mas sim por ter sido negligente no tardio atendimento.

O dolo é um estado anímico, um querer. Em sede de Direito Penal, dolo é o querer dirigido à realização do delito. Zaffaroni e Pierangeli (2006, p. 414) o conceituam como “[...] a vontade realizadora do tipo objetivo, guiada pelo conhecimento dos elementos deste no caso concreto”.

Enrique Bacigalupo (2005, p. 111) assevera que “[...] o dolo designa os elementos subjetivos do autor relevantes para a determinação típica do desvalor da conduta”⁵. Concordamos com o mestre argentino que intenção não é sinônimo perfeito de dolo, nem toda intenção é dolo.

Nesse sentido, dois aspectos do dolo devem ser ressaltados: o conhecimento dos elementos do tipo e a vontade livre de realizar o tipo. Por óbvio, não se requer um conhecimento técnico dos elementos do tipo, mas apenas o conhecimento profano. Todavia, esse deve ser um conhecimento efetivo da contrariedade da ação ou omissão com o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o entendimento de Magalhães Noronha (1995, p. 134):

Conhecimento da antijuridicidade é a ciência de se opor à ordem jurídica, é a convicção de incorrer no juízo de reprovação social. É por nascermos e vivermos em sociedade que cedo adquirimos essa consciência de agir no sentido do lícito ou permitido. Em regra, o crime, antes de se achar definido em lei, já é, para nós, ato nocivo e contrário aos interesses individual e coletivo. Há leis porque existem crimes.

⁵ Nossa tradução.

José Frederico Marques (2002, p. 225) assim também entende que “[...] o dolo é assim a vontade do agente dirigida para o fato descrito como crime. A ação é voluntária porque não provém de fatores internos ou externos que obrigam a vontade a atuar no mundo exterior; e é dolosa porque o elemento psíquico focalizou e procurou uma conduta considerada delitiva”.

Rogério Greco (2004, p. 200) ensina que o “Dolo é a vontade livre e consciente dirigida a realizar a conduta prevista no tipo penal incriminador”.

José Frederico Marques (2002, p. 225) destaca dois momentos do dolo: a representação mental do resultado, ao qual chama de momento cognoscitivo ou intelectual, e o momento volitivo, no qual há a “[...] resolução, seguida de um esforço do querer dirigido à realização do fato representado”.

Destacamos que, quanto aos delitos omissivos próprios, não há que se falar em representação mental do resultado, haja vista que esses delitos prescindem de resultado naturalístico, são delitos de mera conduta, ou delitos de mera abstenção. Nos delitos omissivos próprios, o que o omitente representa mentalmente é a abstenção da conduta que o ordenamento jurídico esperava que fosse praticada e dirige sua vontade à abstenção tipificada.

Zaffaroni e Pierangeli (2006, p. 467), dissertando acerca do dolo na omissão, destacam que, nos delitos impróprios, além do conhecimento efetivo da tipicidade da situação em que se encontra e da representação mental da causalidade, mister se faz que o omitente tenha consciência de sua condição de garantidor e da probabilidade de que o resultado danoso possa ser evitado se agir para interromper a produção do resultado.

Alguns doutrinadores entendem que não há dolo na omissão e sim um “equivalente”⁶ do dolo. Armin Kaufmann (2006, p. 84 e 97) aborda a questão do dolo na omissão e aduz que, como não há causalidade na omissão, também falta a finalidade (dolo):

[...] la dirección final efectiva no es esencial para la omisión y ni siquiera es posible en ella. Esta tesis nos ha parecido evidente al final, tras haber obtenido como conclusión del epígrafe anterior que a la omisión le falta la causalidad humana, que el capaz de acción no es causal de su actuar, Y donde falta el nexo causal tampoco puede haber dirección final. [...] Así pues, no existe la <<voluntad de omisión>> o el <<dolo de omisión>> en el sentido de voluntad de realización, tal como es propio de la dirección final.

⁶ Expressão utilizada por Zaffaroni e Pierangeli (2006, p. 467), ao aduzir que há autores que negam a existência de dolo na omissão.

Enrique Bacigalupo (2005, p. 100) ensina que Welsel também não admitia a existência do dolo e da causalidade nos delitos omissivos como ocorrem nos delitos comissivos. O mestre argentino (2005, p. 108) discorda dos doutrinadores alemães citados, admite a ocorrência do dolo nos delitos omissivos próprios e impróprios e elenca seus elementos⁷:

1. finalidade dirigida a um objetivo diferente do determinado na norma mandamental;
2. consciência do risco de produção do resultado;
3. assentimento mental com sua eventual produção.

Entendemos que não há relevante diferença entre o dolo nos delitos comissivos por omissão e dolo nos delitos comissivos que impeça seu reconhecimento e aferição. Para a configuração do dolo nos delitos omissivos impróprios, no nosso entendimento, são necessários os seguintes elementos:

1. conhecimento efetivo, por parte do sujeito, da tipicidade da situação em que se encontra;
2. representação mental da causalidade;
3. vontade de praticar conduta diversa da determinada na norma mandamental, ou de permanecer inerte;
4. consciência da condição de garantidor;
5. probabilidade de que o resultado danoso seja evitado se o sujeito agir para interromper a sua produção.

No tocante aos delitos omissivos próprios, é desnecessária a representação mental do resultado, pois são delitos de mera conduta. Conforme consignado, nos delitos omissivos próprios, o que o omitente representa mentalmente é a abstenção da conduta que o ordenamento jurídico esperava que fosse praticada, dirigindo sua vontade à abstenção tipificada.

Com respeito à culpa nos delitos omissivos, inicialmente, destacamos que os delitos omissivos próprios são delitos de mera conduta, portanto, não há que se falar em culpa nesses delitos tendo em vista que neles não há resultado. Por força do disposto no inciso II do artigo 18 de nosso diploma penal⁸, é necessário que haja resultado naturalístico para que se possa falar em delito culposos.

Descartada a culpa nos delitos omissivos próprios, resta-nos analisar a questão referente à culpa nos delitos omissivos impróprios. Concordamos com Zaffaroni e Pierangeli (2006) no sentido de que o conceito geral de culpa não sofre alteração significativa na omissão.

⁷ Nossa tradução.

⁸ “Art. 18. Diz-se o crime: II – culposos, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.”

Trazemos à colação o conceito de culpa segundo Maggiore⁹, citado por José Frederico Marques (2002, p. 232): “culpa é a conduta voluntária (ação ou omissão) que produz um resultado (evento) antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção, ser evitado”.

O parágrafo único do artigo 18 de nosso Código Penal¹⁰ consagra a tipicidade e a excepcionalidade dos delitos culposos. Logo, sem previsão legal expressa, não há que se falar em culpa. A previsão legal ou tipicidade é um dos elementos dos delitos culposos.

Outro elemento é a conduta humana voluntária. Por conduta, entendemos a ação ou omissão. Rogério Greco (2004, p. 213) preleciona que:

A conduta, nos delitos de natureza culposa, é o ato humano voluntário dirigido, em geral, à realização de um fim lícito, mas que, por imprudência, imperícia ou negligência, isto é, por não ter o agente observado o seu dever de cuidado, dá causa a um resultado não querido, nem mesmo assumido, tipificado previamente na lei penal.

Conforme consignado acima, por força do disposto no citado inciso II do artigo 18 de nosso diploma penal, é necessário que haja resultado naturalístico para que se possa falar em delito culposo. Portanto, o terceiro elemento dos delitos culposos é o resultado e, como ressaltado no conceito colacionado, esse é um resultado antijurídico, ou seja, lesivo a um bem tutelado pelo Direito; não pode ser um resultado querido ou assumido, pois, se assim fosse, a hipótese seria de dolo e não de culpa.

Também do inciso II do artigo supracitado se depreendem o quarto e o quinto elemento dos delitos culposos: a relação de causalidade que deve haver entre a conduta e o resultado (nexo de causalidade) e a inobservância do dever objetivo de cuidado, expressa no texto legal como negligência, imperícia ou imprudência.

Em síntese, os elementos dos delitos culposos são:

1. previsão legal, ou tipicidade;
2. conduta humana voluntária;
3. resultado naturalístico;
4. relação de causalidade;
5. inobservância do dever objetivo de cuidado.

Entendemos, portanto, que é possível a ocorrência de culpa nos delitos omissivos impróprios.

⁹ Tradução de Costa e Silva.

¹⁰ “Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.”

4. Concurso de pessoas nos delitos omissivos próprios

Conforme consignado alhures, nos delitos omissivos próprios, o legislador, por meio de uma norma mandamental, a todos impõe a prática de determinada conduta, cuja omissão configura crime, desde que preenchidos alguns requisitos. Armin Kaufmann (2006, p. 109) elenca os requisitos propostos por August Finger para os delitos omissivos:

1. a ocorrência das circunstâncias previstas na norma mandamental;
2. que a ação seja possível ao omitente e não realizada ou tentada;
3. que o omitente tenha conhecimento de seu dever de agir, ou que esse conhecimento fora possível, com a devida atenção.

Portanto, para a configuração de um delito omissivo próprio, é preciso que o agente esteja presente na situação de dever que demanda a sua ação, sendo-lhe esta possível, e tenha conhecimento de que o ordenamento jurídico lhe impõe essa ação e, apesar disso, que se mantenha inerte ou pratique conduta diversa da imposta pela norma mandamental.

É possível a prática de delito omissivo próprio em concurso de pessoas? Segundo a doutrina, há co-autoria nos delitos omissivos próprios? E a participação, é possível em tais delitos? Essas são as questões que neste capítulo nos propomos a enfrentar, verificando como se posicionam alguns doutrinadores nacionais e estrangeiros.

4.1. Co-autoria

Armin Kaufmann (2006, p. 202) entende que é inconcebível a co-autoria nos delitos omissivos próprios ao argumento de que não existe dolo na omissão, nem a comum resolução para a prática da conduta delituosa; argumenta, ainda, que não existe divisão de tarefas, “*pues la omisión no presenta <<acción ejecutiva>> alguna*”.

À guisa de ilustração, Kaufmann utiliza seu clássico exemplo dos cinquenta nadadores que contemplam inertes o afogamento de um garoto e aduz que, nesse caso, cada um dos nadadores, segundo o mestre alemão, praticou seu próprio delito omissivo próprio, a omissão de socorro. Em seu entendimento, mesmo que, para efetuar o salvamento, fosse necessária a participação de vários nadadores, “*si permanecen inactivos, ciertamente omiten <<obrar como coautores>>; pero no omiten <<obrar en coautoria>>*”.

Nilo Batista (2004, p. 86) não admite a ocorrência de co-autoria nos delitos omissivos próprios, ao argumento de que “o dever de atuar a que está adstrito o autor do delito omissivo é infracionável”. Com a devida *venia* ao entendimento dos ilustres doutrinadores, conforme destacamos no capítulo anterior, não há óbice à configuração e aferição do dolo nos delitos omissivos, bem como não há impedimento para a comum resolução.

Tomando emprestado o exemplo de Kaufmann, se os cinquenta nadadores, de comum acordo, deixam de prestar o socorro por pertencer o periclitante à torcida de associação desportiva rival, mesmo sabendo do risco de morte, da norma mandamental que lhes determina a prestação de socorro e da capacidade que têm de prestar o socorro, haverá entre eles dolo e liame subjetivo.

Beatriz Vargas Ramos (1996, p. 152) destaca o intenso debate no direito alienígena acerca da possibilidade de concurso de pessoas nos delitos omissivos próprios e assevera:

Em primeiro lugar, é preciso que se diga, a existência do concurso de agentes nos crimes omissivos puros, não depende da afirmação sobre a existência do nexu causal, nesta classe de delitos. Se não se nega que possa haver participação nos crimes de mera ação, por que não admiti-la nos delitos de mera omissão? Não é, portanto, com base na simples negação da causalidade, que se irá descartar, desde logo, a possibilidade de participação nos crimes omissivos.

A ilustre professora (*ibid.* p. 154) concorda com Nilo Batista no sentido de que “[...] a omissão não é fracionável” e que “[...] cada qual se omite integralmente”. Entende que a comum resolução para a prática do delito omissivo próprio também não é suficiente para sustentar a co-autoria nos delitos omissivos. Após essas considerações, conclui que “[...] não é possível o concurso nos crimes omissivos, na forma de coautoria”.

Em sentido diverso posiciona-se Rogério Greco (2008, p. 137/138), que admite a ocorrência de concurso de pessoas nos delitos omissivos próprios, “[...] desde que cada agente possua o dever de agir naquele determinado caso concreto”. Assevera (2004, p. 524) que, no caso do exemplo de Kaufmann, dos cinquenta nadadores, não haveria óbice à co-autoria se os cinquenta nadadores, de comum acordo, decidissem não prestar o socorro.

Data venia, discordamos do ensinamento de Nilo Batista e entendemos que o posicionamento de Rogério Greco melhor se amolda ao nosso ordenamento jurídico penal. Esse também é o entendimento de Cezar Roberto Bitencourt (2003, p. 398), para quem é possível a co-autoria nos delitos omissivos próprios, aduzindo que se “[...] duas pessoas, de comum acordo, deixarem de prestar socorro, nas mesmas circunstâncias, serão co-autoras do delito de omissão de socorro”.

Alberto Silva Franco (2001, p. 2299), Rui Stoco, Vicente Celso da Rocha Guastini, dentre outros, entendem possível a co-autoria nos delitos omissivos. Dissertando acerca do delito de omissão de socorro, colacionam excerto da lavra de E. Magalhães Noronha e Néelson Hungria, respectivamente:

O caráter omissivo não impede a co-autoria. Se num grupo de alpinistas, um deles resvala pelo abismo e pode ser socorrido, o que, entretanto, não acontece, respondem todos pelo

crime; se apenas um o salva, os outros aproveitam-se de sua conduta; se for necessária a ação conjunta de todos e alguns se recusam, responderão estes pelo delito.

Se duas ou mais são as pessoas presentes que recusam socorro ao periclitante, respondem todas pelo crime, segundo a regra geral; mas qualquer delas que preste o socorro, exime as outras. Há no caso, uma obrigação solidária. Note-se, porém, que, se aquele que vai prestar o socorro é insuficiente para fazê-lo com êxito, os outros continuam obrigados e sua abstenção é criminosa.

Juarez Tavares (1996, p. 86) pontifica que não há concurso de pessoas nos delitos omissivos em qualquer de suas formas de manifestação, seja nos delitos omissivos próprios ou impróprios. Como se pode verificar, há duas correntes de pensamento quanto à possibilidade de co-autoria nos delitos omissivos próprios, ambas com doutrinadores de grande envergadura como adeptos. Nosso entendimento, na esteira dos ensinamentos de Rogério Greco, Cezar Roberto Bitencourt e Alberto Silva Franco, é de que é possível a co-autoria nos delitos omissivos próprios desde que cumpridos os requisitos necessários à sua configuração.

4.2. Participação

Segundo Armin Kaufmann (2006, p. 203/204), também não é possível a participação nos delitos omissivos próprios. Tal afirmação é corolário da inexistência de causalidade na omissão sustentada pelo insigne doutrinador. Kaufmann fundamenta sua conclusão na premissa de que não há dolo na omissão.

Em sentido contrário é o entendimento de Rogério Greco (2004, p. 525), que cita o exemplo do paraplégico que dissuade o surfista profissional de prestar socorro a terceiro que estava se afogando, uma vez que ambos, o surfista e o paraplégico, estavam atrasados para um compromisso agendado.

No entendimento do ilustre doutrinador, o surfista seria responsabilizado pelo delito inserto no art. 135, CP, omissão de socorro, e o paraplégico seria responsabilizado como partícipe de tal delito, pois dissuadiu o surfista, que podia realizar o salvamento. Greco (2008, p. 138) preleciona que “A maioria de nossos autores admite a participação em crimes omissivos”.

No mesmo sentido, o entendimento de Beatriz Vargas Ramos (1996, p. 154), que considera:

[...] a instigação, nos delitos omissivos, é chamada de dissuasão. Enquanto que, nos delitos de simples ação, a instigação funda-se na idoneidade para provocar a prática da ação proibida, nos crimes de mera omissão, a dissuasão se fundamenta nessa mesma idoneidade no sentido oposto, ou seja, para provocar a abstenção da ação ordenada.

Cezar Roberto Bitencourt (2003, p. 397) também assim entende: “A participação no crime omissivo ocorre normalmente através de um agir positivo do partícipe que favorece o autor a descumprir o comando legal”. Bitencourt ensina que há concurso de pessoas entre o médico que deixa de notificar doença de comunicação compulsória e o paciente que o instiga à omissão, sendo este partícipe no crime daquele.

Nesse caso, o paciente, que não tem o dever legal de notificar a doença, será responsabilizado como partícipe. Alterando o exemplo de Bitencourt, caso fosse a enfermeira quem instigasse o médico para que deixasse de notificar a doença, ela seria partícipe e nenhuma responsabilidade penal haveria para o paciente.

Magalhães Noronha (1995, p. 213) entende possível a participação nos delitos omissivos próprios: “Desde que a omissão é causa (art. 13), não há negar a co-participação omissiva”. Cita como exemplo a participação no delito omissivo próprio tipificado no art. 269 – a omissão de notificação de doença.

Conforme consignado acima, no entendimento de Juarez Tavares (1996, p. 86), não há concurso de pessoas nos delitos omissivos em qualquer de suas formas de manifestação, seja nos delitos omissivos próprios ou impróprios.

Também no tocante à participação, há adeptos das duas correntes na nossa doutrina. *Data venia*, discordamos do entendimento de Armin Kaufmann e de Juarez Tavares. Entendemos que a participação é admissível nos delitos omissivos próprios, na esteira dos ensinamentos de Rogério Greco, Cezar Roberto Bitencourt, Magalhães Noronha e outros doutrinadores.

4.3. Autoria mediata

Armin Kaufmann (2006, p. 203) entende que aquele que, por meio de violência, impede ao que queria prestar o socorro e podia fazê-lo não é autor mediato e sim autor do delito de omissão de socorro se não era *garantidor* da não-ocorrência do resultado; se o que impede o salvamento for *garantidor*, cuida-se de crime omissivo impróprio. A conduta daquele que foi, por violência, impedido de prestar socorro é penalmente irrelevante.

Roxin (2000, p. 511) entende que não é possível a autoria mediata nos delitos omissivos. Segundo o mestre alemão:

La autoría mediata por omisión, posibilidad que se ha admitido en multitud de ocasiones, por el contrario, hay que negarla en general. En efecto, toda autoría mediata presupone que el sujeto de detrás se sirve de una persona interpuesta a la que, mediante hacer activo, emplea en el curso de la acción, bien sea dirigiendo el suceso en virtud de su dominio de la voluntad, bien sea simplemente impulsando él, como obligado, a un extraneus doloso [...] Tal “impulso” falta por naturaleza en la omisión [...].

Em sentido contrário, posicionam-se Maurach, Gössel e Zipf (1995, p. 357), sustentando a possibilidade de autoria mediata nos delitos omissivos: “La autoría mediata también es posible en la forma de la omisión”. Colacionam o exemplo do enfermeiro que tem sob seus cuidados enfermo mental perigoso e, conscientemente, permite que o enfermo mental agrida fisicamente outrem. A autoria mediata tem sido inserida no estudo do concurso de pessoas como se fosse uma de suas manifestações ou espécies.

No nosso entendimento, autoria mediata não é espécie de concurso de pessoas, tendo em vista que lhe falta um dos requisitos essenciais – o liame subjetivo ou vínculo psicológico. Autor mediato e instrumento não atuam unidos por vínculo subjetivo, não dirigem sua vontade à consecução em comum de empreitada delituosa. Na autoria mediata, o autor mediato tem o domínio do fato, o controle da situação, e não há a concorrência da vontade do instrumento para a realização de delito. Pelas razões expostas, e para os fins deste estudo, consideraremos a autoria mediata como hipótese de exclusão de concurso de pessoas, ou seja, se, entre dois agentes, um é autor mediato e outro é o instrumento, não há que se falar em concurso de pessoas.

Instrumento, em sede de autoria mediata, é o ser humano utilizado pelo autor mediato para a prática do delito, que atua amparado por excludente da ilicitude ou da ação e, portanto, sua conduta é penalmente irrelevante.

As excludentes da ilicitude em nosso Código Penal são: coação irresistível, obediência hierárquica (art. 22, CP); estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito (art. 23, CP); erro determinado por terceiro (art. 20, § 2º, CP) e a excludente inserta na última parte do inciso III do artigo 62 do CP atual, a saber, a excludente da ilicitude do instrumento (pessoa) não punível em face de condição ou qualidade pessoal.

5. Concurso de pessoas nos delitos omissivos impróprios

Conforme consignado alhures, nos delitos omissivos impróprios não há uma norma que a todos imponha determinada conduta. Há uma norma de extensão (art. 13, § 2º, CP) que amplia o alcance dos tipos comissivos, fazendo com que possam ser também praticados mediante uma omissão. Entretanto, apenas um grupo pequeno de pessoas é atingido por essa norma de extensão, a saber, os garantidores. Os delitos omissivos impróprios são delitos de resultado.

Os garantidores têm a responsabilidade de evitar que o evento danoso ocorra, que um resultado naturalístico ofenda o bem jurídico tutelado. Um exemplo de garantidor é o bombeiro militar, que, ao se deparar com um incêndio, tem a obrigação de enfrentá-lo, tentando debelar o fogo e, se necessário, entrar no prédio em chamas para dali retirar alguma pessoa.

É possível que um delito omissivo impróprio seja praticado em concurso de pessoas?

Entende a doutrina pela possibilidade de co-autoria e de participação nos delitos omissivos impróprios? Neste capítulo, propomo-nos a enfrentar essas questões, trazendo a lume a posição de alguns doutrinadores nacionais e estrangeiros.

5.1. Co-autoria

Claus Roxin (2000, p. 501) preleciona que, por surpreendente que possa parecer, seus estudos conduzem à conclusão de que a *teoria do domínio do fato* é inadequada para os delitos de omissão. Nesses delitos, “[...] el omitente no llega a ser autor por su eventual dominio del hecho, sino por el quebrantamiento de su deber de evitar el resultado”. Assevera Roxin que, em sede de delitos omissivos, o que se denomina domínio do fato não é senão a possibilidade de que o resultado seja evitado, que quando existe o dever de garantia comum a diversas pessoas é perfeitamente possível a co-autoria em delitos omissivos impróprios.

Maurach, Gössel e Zipf (1995, p. 390) também entendem possível a co-autoria nos delitos omissivos impróprios nas situações em que todos os co-autores sejam garantidores, bem como se apenas um dos co-autores for garantidor.

No entendimento de Magalhães Noronha (1995, p. 213), é possível a co-autoria e a participação nos delitos omissivos impróprios: “Pode o concurso dar-se mediante omissão, quando há o dever jurídico de evitar o evento, pois em tal caso a conduta omissiva é causal”.

Cezar Roberto Bitencourt (2003, p. 398) também entende que é possível a co-autoria nos delitos omissivos impróprios quando dois ou mais agentes tenham “o dever jurídico de não se omitir”.

Rogério Greco (2004, p. 524) ensina que é “[...] possível falar em co-autoria nos crimes omissivos, desde que cada agente possua o dever de agir naquele determinado caso concreto”. Conforme o doutrinador, se vários agentes, detentores do dever de agir, unidos por liame subjetivo se omitem de praticar a conduta determinada na norma mandamental, não há óbice ao reconhecimento da co-autoria.

Entendimento diverso é o de Enrique Bacigalupo (2005, p. 171), que argumenta que são fundamentos da co-autoria a comum resolução para a prática do fato e a divisão de tarefas. Bacigalupo assevera que é inadmissível a co-autoria nos delitos omissivos impróprios ao argumento de que “[...] no es concebible que alguien omita una parte mientras otros omiten el resto”.

Armin Kaufmann (2006, p. 202) também entende inconcebível a co-autoria nos delitos omissivos impróprios ao argumento de que não existe dolo na omissão, nem a comum resolução para a prática da conduta delituosa. Argumenta, ainda, que não existe divisão de tarefas, “[...] pues la omisión no presenta <<acción ejecutiva>> alguna”.

Nilo Batista (2004, p. 86) rechaça a possibilidade de co-autoria nos delitos omissivos impróprios ao argumento de que “[...] o dever de atuar a que está adstrito o autor do delito omissivo é infracionável”; portanto, cada um dos agentes responde como autor de delito omissivo impróprio.

Juarez Tavares (1996, p. 86) entende que não há concurso de pessoas nos delitos omissivos em qualquer de suas formas de manifestação, seja nos delitos omissivos próprios ou impróprios. Verifica-se que a questão atinente à possibilidade de co-autoria nos delitos omissivos impróprios não é singela como parece. São diversos os posicionamentos adotados pelos doutrinadores estrangeiros e nacionais. Em suma, há duas grandes correntes: a primeira nega a possibilidade de co-autoria nos delitos omissivos impróprios, ao passo que a segunda admite a co-autoria.

Dentre os adeptos da corrente que nega a possibilidade de co-autoria nos delitos omissivos impróprios, encontram-se Juarez Tavares, que não admite concurso de pessoas nos crimes omissivos; Nilo Batista, que entende que o dever de agir é infracionável; Enrique Bacigalupo, que entende ser impossível a divisão de tarefas nos delitos omissivos impróprios, e Armin Kaufmann que assevera que não há dolo, comum resolução, nem divisão de tarefas nos delitos omissivos impróprios.

Admitem a possibilidade de co-autoria nesses delitos Magalhães Noronha, Maurach, Gössel e Zipf, se houver dever de garantia em comum ou para apenas um dos co-autores; Claus Roxin, Rogério Greco e Cezar Roberto Bitencourt, se houver dever de garantia em comum.

Com a devida *venia* ao entendimento de Kaufmann, Bacigalupo, Batista e Tavares, conforme argumentos expendidos nos capítulos anteriores, acreditamos que é possível o dolo bem como a comum resolução nos delitos omissivos impróprios. Até mesmo poder-se-ia falar em divisão de tarefas em tais delitos.

Com o escopo de elucidar nosso posicionamento acerca da divisão de tarefas nos delitos omissivos impróprios, utilizaremos como exemplo uma unidade avançada de salvamento aquático na qual há vários resgatadores com funções diversas: piloto da lancha, salva-vidas paramédico e salva-vidas rebocador.

A equipe recebe o chamado para resgatar uma vítima que está se afogando em águas revoltas em local em que é impossível a aproximação da embarcação. Desloca-se a lancha com o piloto e três salva-vidas (dois salva-vidas rebocadores e um paramédico) até o ponto seguro mais próximo do periclitante; os três pulam na água levando consigo uma prancha de resgate aquático.

A vítima é colocada na prancha e o paramédico tenta ministrar-lhe o *suporte básico de vida* enquanto os outros tentam rebocar a prancha para perto da lancha de resgate. Todos os resgatadores do exemplo têm o domínio do fato e a inação de qualquer deles pode frustrar o resgate se todos os esforços não forem empreendidos no salvamento. É também possível que todos eles, ao chegarem ao local do resgate,

percebendo que se trata do desafeto de um deles, de comum acordo se neguem a salvá-lo, agindo, assim, em co-autoria.

Se apenas o resgatador de quem o periclitante é desafeto se omite e os demais empreendem em vão todos os esforços para o resgate, não há que se falar em co-autoria, mas o omitente responderá pelo delito de homicídio.

O exemplo abstrato demonstra a possibilidade de dolo, de comum resolução e de divisão de tarefas, razão pela qual discordamos dos insígnies doutrinadores que não admitem a co-autoria nos delitos omissivos impróprios. Consideramos perfeitamente possível a co-autoria entre *garantidores*.

5.2. Participação

Armin Kaufmann (2006, p. 203) sustenta que a participação, seja moral ou material, não é possível nos delitos omissivos impróprios. Fundamenta seu posicionamento na inexistência de causalidade na omissão e na premissa de que não há dolo na omissão.

Enrique Bacigalupo (2005, p. 175 e ss.) também rechaça a possibilidade de participação nos delitos omissivos impróprios. Segundo o mestre argentino, a dissuasão e a cumplicidade devem ser tratadas como delitos comissivos autônomos.

Em sentido contrário, posiciona-se Claus Roxin (2000, p. 531/565), no tocante à possibilidade de participação moral nos delitos omissivos impróprios. Roxin entende que, ainda que não haja dolo de omitir, essa circunstância não obsta a possibilidade de *indução a omitir* (dissuasão). Também a participação material (cumplicidade) é tida por possível por Claus Roxin (2000, p. 565/567).

Conforme consignado, Magalhães Noronha (1995, p. 213) entende possível a participação nos delitos omissivos impróprios: “Pode o concurso dar-se mediante omissão, quando há o dever jurídico de evitar o evento, pois em tal caso a conduta omissiva é causal”.

Beatriz Vargas Ramos (1996, p. 157), ao analisar a possibilidade de concurso de pessoas nos delitos omissivos impróprios, o faz de modo detalhado, examinando em separado a participação material e a participação moral nos crimes omissivos impróprios. Quanto à participação moral, entende-a como possível se o agente não tiver o status de *garantidor*.

De nossa parte entendemos que a ação dissuasora de “A” (não garantidor) corresponde à participação verdadeiramente ativa deste, no delito comissivo por omissão praticado por “B” (garantidor). Como “A” não é garantidor da não superveniência do resultado, mesmo que tivesse agido com dolo em direção à morte de “C”, só poderia responder por homicídio doloso, (comissivo por omissão) em concurso com “B”.

Com respeito à possibilidade de participação material nos delitos omissivos impróprios, o entendimento de Beatriz Vargas Ramos (1996, p. 158) é que “somente aquele que possui o especial dever de agir pode prestar auxílio por omissão”. Destaca, porém, que “o *não fazer* de alguém pode significar contribuição material para com o atuar positivo de outrem, mas não há como contribuir materialmente com o *não fazer* de outra pessoa. Aduz que não há cumplicidade na omissão”.

Com a devida *venia* ao entendimento de Beatriz Vargas Ramos, a conduta do partícipe é que é sancionada pelo Direito Penal, e conduta compreende ação e omissão. O auxílio nos delitos omissivos impróprios, no nosso entendimento, pode ser prestado apenas pelos não *garantidores*, tratando-se de cooperação para o crime entre dois *garantidores*, a hipótese será de co-autoria e não de participação.

Se “A”, não *garantidor*, em comum acordo com “B”, salva-vidas, nega-se a emprestar seu barco para o resgate de “C”, desafeto de ambos, querendo sua morte, será partícipe de “B” no delito de homicídio se “C” vier a falecer em decorrência da ausência de socorro.

Entende Nilo Batista (2004, p. 175) que a participação nos delitos omissivos impróprios só é possível na espécie de cumplicidade omissiva mediante um *ajuste tácito*. Exemplifica nos seguintes termos:

Numa firma comercial o empregado A vem subtraindo semanalmente certa importância em dinheiro; B, que não é tesoureiro, nem caixa, nem exerce qualquer outra função que fizesse instaurar o dever especial, mas pode de alguma forma facilitar o acesso de A ao cofre, omite providências (chaves, horários, etc.) que significariam obstáculos à atividade de A, desejando, por raiva do patrão, que a perda patrimonial seja expressiva.

Cezar Roberto Bitencourt (2003, p. 398) entende que é possível a participação nos delitos omissivos impróprios “[...] mesmo que o partícipe não tenha o dever jurídico de não se omitir”. Conforme o doutrinador:

É perfeitamente possível que um terceiro, que não está obrigado ao comando da norma, instigue ao garante a não impedir o resultado. Qual seria a natureza da responsabilidade desse instigador, autor do crime consumado? Claro que não. A sua atividade acessória, secundária, contribuiu moralmente para a resolução criminosa do garante. Este é autor do crime ocorrido, do qual tinha o domínio do fato e o dever jurídico de impedir sua ocorrência; aquele, o instigador, que não estava obrigado ao comando legal e não dispunha do domínio da ação final, contribuiu decisivamente para a sua concretização. Não pode ficar impune, mas tampouco cometeu ilícito autônomo.

Conforme o entendimento de Rogério Greco (2008, p. 138), “[...] a maioria de nossos autores admite a participação em crimes omissivos”. Ensina o autor que a participação moral deve ser entendida como uma *dissuasão*, pois o partícipe almeja obstar a prática da conduta a que o autor estava obrigado.

No exemplo citado para os delitos omissivos próprios, do paraplégico que dissuade o surfista de prestar socorro à vítima de afogamento por saber que é seu desafeto, se substituirmos o surfista pelo salva-vidas, teremos a dissuasão do *garantidor*. O paraplégico, no caso de falecimento da vítima, responderá por participação em homicídio.

Verifica-se que, assim como na co-autoria, a participação nos delitos omissivos impróprios tem dividido a opinião dos doutrinadores nacionais e estrangeiros. Em face de nosso posicionamento anterior, o de admitir o dolo, a comum resolução e até mesmo a divisão de tarefas nos delitos omissivos impróprios, admitimos também a participação em tais delitos. É necessário que o partícipe tenha conhecimento da situação de *garantidor* do outro concorrente, que sua conduta tenha por base o dolo, que tenha consciência de que sua conduta é contrária ao ordenamento e que a inação do *garantidor* pode ensejar lesão ao bem jurídico tutelado pelo ordenamento.

6. Conclusões

Diferentes teorias surgiram na tentativa de explicar o fenômeno do concurso de pessoas e os conceitos de autor e partícipe. Nosso Código Penal adotou expressamente a teoria monista (art. 29, CP), porém o fez de forma mitigada – há algumas exceções pluralistas como o desvio subjetivo de conduta (art. 29, § 2º, CP). Dentre as diversas teorias que surgiram com o escopo de delimitar e diferenciar autoria e participação, logrou os melhores resultados a Teoria do Domínio do Fato, da lavra de Hans Welzel.

Segundo a Teoria do Domínio do Fato, autor é aquele que tem nas mãos as rédeas da causalidade, aquele que decide se, quando, como e onde o delito irá ocorrer e pode, se quiser, interromper o *iter criminis*, frustrando a consumação do delito.

A Teoria do Domínio do Fato não propõe uma fórmula com a qual se possa de plano distinguir entre autores e partícipes. Apenas no caso concreto, e de posse do conhecimento de todas as circunstâncias, é que será possível verificar se a hipótese é de autoria ou de participação.

Grande parte das decisões judiciais envolvendo o *concurso delinquentium* tem como fundamento a Teoria do Domínio do Fato, que, no nosso entendimento, é a mais adequada para disciplinar quase todas as manifestações do concurso de pessoas.

Em sede de Direito Penal, a conduta humana manifesta-se de duas formas: a ação e a omissão. Na ação, ocorre o emprego de energia em determinado sentido com uma

finalidade. Na omissão, ocorre a abstenção de emprego de energia em dado sentido, também com uma finalidade.

Omissão é mais do que um mero não fazer, é deixar de fazer aquilo que a lei determina que seja feito. Os tipos omissivos descrevem o comportamento esperado do agente, restando-lhe defeso qualquer outro que não o enunciado na norma mandamental. O que se pune, conforme a teoria do *aliud agere*, é a conduta diversa daquela devida.

Existem omissões que, conquanto ensejadoras de lesão a bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, são penalmente irrelevantes e configuram ausência de conduta (v.g., pai tetraplégico que não consegue impedir a queda de seu filho da varanda devido à sua impossibilidade de locomoção). Existem duas espécies de delitos omissivos: os omissivos próprios ou puros e os omissivos impróprios ou comissivos por omissão. A propriedade ou impropriedade nos delitos omissivos tem que ver com a omissão e não com o agente, como ocorre com a classificação dos delitos em próprios e comuns.

Os delitos omissivos próprios são delitos de mera conduta, ao passo que os delitos omissivos impróprios são delitos de resultado. Os delitos omissivos próprios são descritos, necessariamente, em uma norma mandamental, v.g., os arts. 135 e 269 do Código Penal. Sua configuração requer que o agente esteja na situação concreta que demanda sua ação e que a conduta determinada na norma mandamental lhe seja possível. Os delitos omissivos impróprios não são descritos em tipos específicos, sua configuração requer a aplicação da norma de extensão, inserta no art. 13, § 2º, CP, que amplia o alcance dos tipos comissivos, fazendo com que possam ser praticados mediante uma omissão.

A norma de extensão do art. 13, § 2º, CP, atinge apenas um pequeno número de pessoas, os chamados garantidores da não-ocorrência do resultado. Os garantidores têm a responsabilidade de evitar que o evento danoso ocorra, que um resultado naturalístico ofenda o bem jurídico tutelado. Um exemplo de garantidor é o bombeiro militar, que, ao se deparar com um incêndio tem a obrigação de enfrentá-lo tentando debelar o fogo e, se necessário, entrar no prédio em chamas para de lá retirar alguma pessoa.

Os delitos omissivos impróprios são também chamados de delitos comissivos por omissão; neles, o resultado naturalístico é atribuído ao omitente como se ele houvesse praticado o delito comissivo. Se o bombeiro militar assiste inerte ao incêndio, sabendo que no prédio há ainda pessoas, e estas vierem a falecer, vítimas das chamas, responderá, não pelo delito de omissão de socorro previsto no art. 135, CP, mas pelo delito inserto no art. 121 do CP. É que o bombeiro militar tem por lei a obrigação de cuidado e proteção, tornando-se, por meio da norma de extensão, garantidor da não-ocorrência do resultado danoso.

Nos delitos omissivos próprios ou puros, não há tentativa, pois são delitos de mera conduta. A mera abstenção de praticar a conduta requerida pela lei, podendo fazê-lo,

ou a prática de conduta diversa configuram o delito.

Em que pese ao fato de os delitos omissivos impróprios serem delitos de resultado, entendemos que não admitem tentativa. Se o garantidor envia todos os esforços que lhe são possíveis a fim de evitar a ocorrência do resultado e, ainda assim, este venha a ocorrer, o fato será penalmente irrelevante, sob pena de se incorrer em responsabilização objetiva, o que é inadmissível em nosso ordenamento jurídico penal.

Noutro giro, se o garantidor não fez tudo o que estava ao seu alcance por ser o periclitante desafeto seu, responderá pelo resultado, não a título de tentativa, mas como delito consumado. Há entre os doutrinadores estrangeiros vigorosa polêmica quanto à existência de causalidade na omissão¹¹. Entretanto, para fins deste estudo não nos aprofundamos nessa polêmica e consideramos possível a relação de causalidade entre o resultado e a omissão, seja ela ôntica ou fruto de uma abstração jurídica.

Nos delitos omissivos próprios, não se faz necessária a verificação do nexo de causalidade, pois são delitos de mera conduta – prescindem do resultado naturalístico. Nos delitos omissivos impróprios, é necessário aferir a relação de causalidade existente entre a omissão e o resultado para que este possa ser imputado ao garantidor. O dolo é um estado anímico, um querer dirigido à realização do delito. Não se trata de mera intenção. Em sede de Direito Penal, o dolo requer o conhecimento do tipo e a vontade livre e consciente de realizá-lo. Não se requer do agente o conhecimento técnico dos elementos do tipo, mas apenas o conhecimento profano de que sua conduta está em contrariedade com o ordenamento jurídico.

Nos delitos omissivos próprios, o que se representa mentalmente não é o resultado, uma vez que este é prescindível, mas a abstenção da conduta requerida pela lei. A vontade é dirigida para essa abstenção, pretenda o omitente permanecer inerte ou praticar qualquer outra ação. Não há relevante diferença entre o dolo nos delitos comissivos por omissão e dolo nos delitos comissivos que impeça seu reconhecimento e aferição. Para a configuração do dolo nos delitos omissivos impróprios, no nosso entendimento, são necessários os seguintes elementos:

- a) conhecimento efetivo, por parte do sujeito, da tipicidade da situação em que se encontra;
- b) representação mental da causalidade;
- c) vontade de praticar conduta diversa da determinada na norma mandamental, ou de permanecer inerte;
- d) consciência da condição de garantidor;

¹¹ Enrique Bagigalupo (2005, p. 94/95) aduz que posicionam-se pela existência da relação de causalidade na omissão Maurach, Armin Kaufmann, Baumann e outros, ao passo que Wezel, Spindel e o próprio Bagigalupo posicionam-se no sentido de que não há causalidade na omissão: “Por supuesto que nos hemos adherido a una noción ontológica de la causalidad, a la vez que nos inclinaremos a negar que existe una relación de causalidad entre el resultado y el omitente”.

e) probabilidade de que o resultado danoso seja evitado se o sujeito agir para interromper a produção do resultado.

No tocante à culpa nos delitos omissivos, inicialmente, destacamos que os delitos omissivos próprios são delitos de mera conduta, portanto, não há que se falar em culpa nesses delitos, uma vez que neles não há resultado. Por força do disposto no inciso II do artigo 18 de nosso diploma penal¹², é necessário que haja resultado naturalístico e expressa previsão no tipo penal para que se possa falar em delito culposos.

Entendemos possível a ocorrência de culpa nos delitos omissivos impróprios, desde que presentes os seguintes requisitos:

- a) previsão legal, ou tipicidade;
- b) conduta humana voluntária;
- c) resultado naturalístico;
- d) relação de causalidade; e
- e) inobservância do dever objetivo de cuidado.

Para a configuração de um delito omissivo próprio, é preciso que o agente esteja presente na situação de dever que demanda a sua ação, sendo-lhe esta possível, e tenha conhecimento de que o ordenamento jurídico lhe impõe essa ação e, apesar disso, que se mantenha inerte ou pratique conduta diversa da imposta pela norma mandamental.

Há duas correntes de pensamento quanto à possibilidade de co-autoria nos delitos omissivos próprios, ambas com doutrinadores de grande envergadura como adeptos. Não há óbice à configuração e aferição do dolo nos delitos omissivos, bem como não há impedimento para a comum resolução, razão pela qual entendemos que é possível a co-autoria nos delitos omissivos próprios, desde que cumpridos os requisitos necessários à sua configuração.

Entendemos que a participação é admissível nos delitos omissivos próprios, na esteira dos ensinamentos de Rogério Greco, Cezar Roberto Bitencourt, Magalhães Noronha e outros doutrinadores. A autoria mediata tem sido inserida no estudo do concurso de pessoas como se fosse uma de suas manifestações ou espécies. Entendemos que a autoria mediata não é espécie de concurso de pessoas, pois lhe falta um dos requisitos essenciais – o liame subjetivo ou vínculo psicológico.

Consideramos a autoria mediata como hipótese de exclusão de concurso de pessoas, ou seja, se, entre dois agentes, um é autor mediato e outro é o instrumento, não há que se falar em concurso de pessoas, pois não há a concorrência da livre vontade do instrumento na consecução do delito. Nos delitos omissivos impróprios, há uma norma de extensão (art. 13, § 2º, CP) que amplia o alcance dos tipos comissivos

¹² “Art. 18. Diz-se o crime: II – culposos, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.”

fazendo com que possam ser também praticados mediante uma omissão de determinadas pessoas – os garantidores.

A questão atinente à possibilidade de co-autoria nos delitos omissivos impróprios não é singela como parece. São diversos os posicionamentos adotados pelos doutrinadores estrangeiros e nacionais. Em suma, há duas grandes correntes: a primeira nega a possibilidade de co-autoria nos delitos omissivos impróprios, ao passo que a segunda admite a co-autoria.

Filiamo-nos à segunda corrente e entendemos possível o dolo bem como a comum resolução nos delitos omissivos impróprios. Até mesmo poder-se-ia falar em divisão de tarefas em tais delitos. Consideramos perfeitamente possível a co-autoria entre garantidores.

Nos delitos omissivos impróprios, podem ser partícipes apenas os não garantidores. Tratando-se de cooperação para o crime entre dois garantidores, a hipótese será de co-autoria e não de participação. Em face de nosso posicionamento anterior, o de admitir o dolo, a comum resolução e até mesmo a divisão de tarefas nos delitos omissivos impróprios, admitimos também a participação em tais delitos. É necessário que o partícipe tenha conhecimento da situação de garantidor do outro concorrente, que sua conduta tenha por base o dolo, que tenha consciência de que sua conduta é contrária ao ordenamento e que a inação do garantidor pode ensejar lesão ao bem jurídico tutelado pelo ordenamento. ♦

7. Referências bibliográficas

BACIGALUPO, Enrique. *Delitos improprios de omision*. 2. ed. Madrid: Dikinson, 2005.

BATISTA, Nilo. *Concurso de Agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa (05/10/1988). 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Constituição federal, código penal, código de processo penal*. Organizador Luiz Flávio Gomes; obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais, com a coordenação de Giselle de Melo Braga Tapai. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, v. 1 e 2. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Rogério. *Concurso de pessoas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

_____. *Curso de direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

_____. *Curso de direito penal: parte especial: introdução à teoria da parte especial: crimes contra a pessoa*. Niterói, RJ: Impetus, 2005.

_____. *Curso de direito penal: parte especial*, v. 3. Niterói, RJ: Impetus, 2006.

_____. *Código penal comentado*. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Tradução de Joaquin Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2006, Original alemão.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. v. 2. Campinas: Milenium, 2002.

MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl Heinz e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal: Parte General – formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Tradução de Jorge Bofill Genzsch. 7. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, Original alemão.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 31.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

RAMOS, Beatriz Vargas. *Do Concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do Código Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1986.

ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Tradução de Joaquin Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, Original alemão.

TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. v. 1: parte geral. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

HC. POSSE ILEGAL. ARMA. FOGO.

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário contra acórdão que manteve o recebimento da denúncia do ora paciente em relação ao crime de posse ilegal de arma de fogo. A Turma denegou a ordem de *habeas corpus*, por entender que a nova redação dada aos arts. 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) pela Lei n. 11.706/2008 prorrogou até o dia 31 de dezembro de 2008 apenas o prazo para a regularização de armas de fogo de uso permitido, não contemplando as armas de uso restrito ou de numeração raspada, como no caso dos autos. Assim, sendo o paciente flagrado no dia 9 de abril de 2008, não tinha ele qualquer possibilidade de regularizar as armas que possuía. De outro lado, não entregando tais armas espontaneamente à autoridade competente, evidencia-se a existência de justa causa para a ação penal pela demonstração de dolo de manter em seu poder armas de fogo de origem irregular. HC 124.454-PR, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 16/6/2009.

Princípio da Insignificância e Furto Privilegiado: A Turma indeferiu *habeas corpus* em que se pleiteava a aplicação do princípio da insignificância a condenado por 2 furtos praticados contra vítimas distintas. No caso, o paciente subtraía para si uma bicicleta — avaliada em R\$ 70,00 — e, em ato contínuo, dirigira-se a estabelecimento comercial, onde furtara uma garrafa de uísque — avaliada em R\$ 21,80 —, sendo preso em flagrante. Entendeu-se que não estariam presentes os requisitos autorizadores para o reconhecimento desse princípio. Aduziu-se que o paciente, ao cometer 2 crimes de furto em concurso material, com vítimas distintas, demonstrara possuir propensão à prática de pequenos delitos, os quais não poderiam passar despercebidos pelo Estado. Asseverou-se que, embora o reconhecimento da atipicidade penal pela insignificância dependa da constatação de que a conduta seja a tal ponto irrelevante — desvalor da ação e do resultado — que não seja razoável impor-se a sanção penal descrita na lei, isso não ocorreria na espécie. Enfatizou-se que a bicicleta fora furtada de pessoa humilde e de poucas posses, que a utilizava para se deslocar ao seu local de trabalho, de modo a revelar que esse bem era relevante para a vítima, e cuja subtração repercutiria expressivamente em seu patrimônio. Por fim, considerou-se que a situação dos autos fora devidamente enquadrada como infração de pequeno valor, na qual incidente causa de diminuição de pena referente ao furto privilegiado (CP, art. 155, § 2º), distinguindo-a, no ponto,

da figura da infração insignificante, que permite o reconhecimento da atipicidade da conduta. HC 96003/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2.6.2009. (HC-96003)

PECULATO. DIÁRIAS.

A Turma, prosseguindo o julgamento, por maioria, denegou o *writ*, considerando ser apta a denúncia, uma vez que a conduta ilícita atribuída ao réu (peculato) não pode ser considerada atípica, pois presentes os indícios que fundamentaram a acusação. A inépcia da denúncia, eventualmente, pode ser acolhida quando inequivocamente houver prova de deficiência que impeça a compreensão da acusação em prejuízo da defesa do acusado, ou quando presentes quaisquer das falhas elencadas no art. 43 do CPP. No caso, os processos de concessão de diárias aos corréus, conforme a denúncia, evidenciam a pendência do pagamento de indenização à prestação de contas pela diretoria do órgão legislativo estadual, responsável pela apreciação da legalidade da despesa e eventual regularização. Ao acusado cabia o dever de prestar contas da indenização concedida aos corréus, daí o reconhecimento da tipicidade de sua conduta. No mais, ausente a alegada falta de justa causa. Precedentes citados: RHC 18.502-SP, DJ 15/5/2006; HC 88.178-SP, DJe 2/2/2009, e RHC 14.143-ES, DJ 4/8/2003. HC 116.302-ES, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 23/6/2009.

Grave Estado de Saúde e Prisão Domiciliar

Ante a excepcionalidade do caso, a Turma deferiu, em parte, *habeas corpus* no qual se discutia se paciente preso preventivamente pela prática do delito de homicídio qualificado, cujo grave estado de saúde se encontrava demonstrado por diversos documentos, teria direito, ou não, à prisão domiciliar, nos termos do art. 117 da Lei de Execução Penal - LEP [*"Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I - condenado maior de 70 (setenta) anos; II - condenado acometido de doença grave; III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante."*]. Preliminarmente, afastou-se a incidência do Enunciado 691 da Súmula do STF. Em seguida, enfatizou-se que a situação do paciente não estaria entre aquelas listadas nas alíneas do art. 117 da LEP, mas a demonstração cabal de que o Estado não teria condições de prestar-lhe a assistência médica de que necessita, para não falecer no cárcere, justificaria a concessão de prisão domiciliar, tendo em conta o princípio da dignidade da pessoa humana. HC deferido, parcialmente, para que o paciente permaneça em prisão domiciliar, sem direito de ausentar-se de sua residência. Decisão estendida ao co-réu, também doente. HC 98675/ES, rel. Min. Eros Grau, 9.6.2009. (HC-98675)

PRISÃO DOMICILIAR. MATERNIDADE.

A Turma, prosseguindo o julgamento, por maioria, excepcionando, por analogia, a aplicação do art. 117 da Lei n. 7.210/1984, concedeu prisão domiciliar para exercício da maternidade, embora a paciente responda a vários processos em curso e já tenha sido superada a fase de amamentação. Malgrado não possa ser solucionada a questão social, dada a peculiaridade do caso, o *writ* foi concedido mormente devido à impossibilidade de transferência da ré para a comarca mais próxima de

onde reside o filho de tenra idade, a exigir a proteção materna, por falta de parentes para cuidarem da criança: o avô faleceu e a avó estaria impossibilitada de ficar com a criança. Precedentes citados: HC 96.719-RS, DJ 28/4/2008, e HC 22.537-RJ, DJ 12/5/2008. HC 115.941-PE, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 2/4/2009.

ROUBO. EXTORSÃO. ARMA. *BIS IN IDEM*.

O paciente associou-se a outros três para a prática de crimes patrimoniais. Primeiro, mediante o uso de arma de fogo, eles roubaram um automóvel e os pertences do condutor, além de restringir sua liberdade. Logo após, usando novamente aquele instrumento, constrangeram outra vítima a fornecer senhas de cartões magnéticos e a assinar cheques para que obtivessem vantagem patrimonial indevida. Por isso, foram condenados pela prática de roubo e extorsão circunstanciados e também pela formação de quadrilha armada. O que se alega é a existência de *bis in idem* na condenação, em razão da punição mais de uma vez pela mesma circunstância, o uso da arma. Nesse contexto, é certo que o reconhecimento do *bis in idem* deriva da interpretação crítica dos fatos à luz do conceito fundamental de bem jurídico. No caso, quanto à extorsão e ao roubo, em que a incriminação busca tutelar o patrimônio e a liberdade ou integridade física, por mais que o resultado seja o mesmo (subtração de bens), não há falar em *bis in idem*, porquanto praticados perante vítimas diferentes. O fato de o juízo reconhecer a continuidade delitiva, não implica deixar de reconhecer que ambos os delitos são circunstanciados. Já quanto ao crime de quadrilha, o bem jurídico protegido com a incriminação é a paz pública, a demonstrar, em comparação ao outro grupo de incriminações, que eles são independentes, a ponto de justificar a exasperação em razão do emprego de arma. Precedentes citados: HC 91.129-SP, DJe 4/8/2008; HC 54.773-SP, DJ 7/2/2008; HC 27.142-RS, DJ 28/8/2006, e HC 33.894-RJ, DJ 14/3/2005. HC 73.234-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 18/6/2009. ♦